ALMUDENA GONZÁLVEZ ALONSO

Abogada
Diplomada en Derecho del Trabajo por la Escuela de Práctica Jurídica (UCM)
Superadas por Oposición las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social

Extracto:

EL presente caso práctico reproduce el enunciado del supuesto correspondiente al 2.º ejercicio de la Oposición al Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social del año 1998. El desarrollo y comentario del supuesto se han realizado de acuerdo con la normativa vigente en enero de 1999.

Sumario:

– Enunciado.

– Solución.

I. Don Luis García Fernández.

II. Doña María Ruiz Marcos.

III. Don Guillermo García.

IV. Doña Margarita Laguna López.

V. Doña Julia Ortega Ramírez.

VI. Don Fernando Montes Sánchez.

VII. Doña Aurelia López Rodríguez.

ABREVIATURAS

DPTGSS Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social

TRLGSS Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

LPGE Ley de Presupuestos Generales del Estado

RETA Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

RGSS Régimen General de la Seguridad Social

LISOS Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Ley 8/1988, de 7 de abril)

ENUNCIADO

Don Luis García Fernández, nacido el 6 de julio de 1948, contrajo matrimonio con fecha 27 de agosto de 1974, con doña María Ruiz Marcos, nacida el 17 de enero de 1951; fruto de este matrimonio es su hijo Guillermo García Ruiz nacido el 26 de mayo de 1975, que convive en el domicilio familiar.

Don Luis García Fernández comenzó su vida laboral el 15 de junio de 1966 como empleado de banca, siendo en la actualidad Director de una agencia urbana de la misma entidad en la que comenzó.

Doña María Ruiz Marcos empezó a trabajar el 15 de septiembre de 1970, como operaria en una empresa de electrodomésticos.

El día 16 de septiembre de 1993, don Luis García adquiere la titularidad de un bar-restaurante que también realiza «servicio a domicilio» de comidas, en el que trabajan, desde esa misma fecha y como única actividad laboral, su mujer doña María y su hijo don Guillermo, siendo para éste su primer trabajo.

En la actualidad, además, trabajan como empleados en el bar-restaurante dos personas:

a) Doña Margarita Laguna López, nacida el 16 de agosto de 1973, que comenzó su relación laboral en el restaurante como camarera el día 1 de abril de 1998, siendo éste su primer trabajo.

Su contrato laboral establece una jornada de 40 horas semanales realizadas de lunes a sábado y una retribución de 85.000 pesetas brutas mensuales, más dos pagas extraordinarias de la misma

cuantía. Por exigencias del empresario realiza, además, turnos con el otro empleado para cubrir la jornada de los domingos con horario de 8 a 15 horas, sin contraprestación salarial ni de otro tipo por esta jornada festiva.

Convive con doña Margarita su madre doña Aurelia López Rodríguez, nacida el 19 de junio de 1933, viuda, que no percibe renta alguna, pero acredita cotizaciones realizadas entre el 1 de enero de 1948 y 31 de junio de 1953 y desde el 1 de octubre de 1970 a 31 de julio de 1973.

b) Doña Julia Ortega Ramírez con el mismo tipo de contrato que la anterior empleada, casada y cuyo marido trabaja como encargado en una empresa constructora con un salario de tres millones de pesetas brutas anuales. De este matrimonio nacieron dos hijos, Carlos y Elena, que en la actualidad cuentan con 3 y 6 años, respectivamente.

La actividad laboral de doña Julia Ortega comenzó el 15 de noviembre de 1984 en una fábrica de lencería, en la que prestó servicios hasta el 14 de noviembre de 1994.

El día 15 de noviembre de 1994 comienza su actividad en el bar-restaurante, sin que haya sido dada de alta hasta la fecha.

El «servicio a domicilio» de comidas es prestado desde el 15 de marzo de 1997 por don Fernando Montes Sánchez al que el empresario, para comenzar su relación laboral, obligó a darse de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, no realizando la opción sobre la cobertura de la incapacidad temporal al formalizar sus obligaciones con la Seguridad Social.

El servicio lo presta don Fernando en un vehículo propiedad de don Luis García, bajo las directrices de éste y en horario de 12 a 16 horas y de 20 a 24 horas.

Con fecha 14 de febrero de 1998, don Luis García Fernández es despedido por no alcanzar los objetivos establecidos por la entidad financiera para la que trabajaba, siendo declarado dicho despido como «improcedente» por sentencia del Juzgado de lo Social que ha devenido firme, optando la empresa por la no readmisión del empleado.

Con fecha 7 de mayo de 1998 el hijo de don Luis García y doña María Ruiz, don Guillermo, contrae matrimonio y deja de convivir en el domicilio familiar, pero continúa realizando su actividad, como encargado, en el bar-restaurante.

El día 14 de junio de 1998, domingo, al ir a trabajar al bar, doña Margarita Laguna López sufre un accidente debido al descolgamiento del ascensor de su domicilio particular, a consecuencia del cual se le producen lesiones que le impiden la realización de su trabajo.

A causa de una enfermedad sobrevenida y después de un período de dos meses de internamiento en un centro hospitalario, fallece doña Julia Ortega Ramírez.

Con fecha 12 de junio de 1998, a las 14,30 horas y mientras realizaba un reparto de comida, don Fernando Montes Sánchez sufre un accidente de tráfico que imposibilita su asistencia al trabajo por un período de 4 meses, en el que no percibe remuneración alguna, quedando con unas secuelas permanentes que no le impiden la realización de las tareas fundamentales de su profesión.

A la fecha de hoy y considerando a efectos de cómputo, todos los años de 365 días, SE PIDE justificar de forma razonada y ordenada:

1. Obligaciones y responsabilidades en materia de afiliación, alta y cotización de los sujetos implicados en el supuesto.
2. Las distintas prestaciones a las que pudieran tener derecho cada una de las personas que se contemplan en el supuesto y sujetos responsables de las mismas.

SOLUCIÓN

Ante las cuestiones planteadas, procedemos a un estudio de las mismas analizando de forma independiente cada sujeto implicado en el supuesto, y lo relativo a ellos en materia de derechos, obligaciones y responsabilidades que se derivan de su situación, así como prestaciones a que pudieran tener derecho.

I. DON LUIS GARCÍA FERNÁNDEZ

1. Obligaciones en materia de Seguridad Social.

Don Luis García nacido el 6 de julio de 1948 y que trabaja en un Banco desde el 15 de junio de 1966 (como director de una agencia urbana), debió ser ***afiliado*** por dicha Entidad ante la DPTGSS correspondiente, con anterioridad al inicio de la prestación de sus servicios, tal y como disponen los artículos 12, del TRLGSS aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y 21 y siguientes del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el cual se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (*en adelante Real Decreto 84/1996*).

La afiliación es *obligatoria* para todos los trabajadores incluidos dentro del sistema de la Seguridad Social y es *única* para toda la vida del trabajador.

La Tesorería reconocerá la afiliación mediante la asignación de un número, que también será vitalicio, artículo 21 del Real Decreto 84/1996.

Es el Banco (nos referimos a él como empresario en lo sucesivo), para el que trabaja don Luis, el obligado a solicitar la afiliación, puesto que sabemos por los datos del supuesto que éste no realizó ninguna actividad con anterioridad.

Con independencia de la afiliación y, junto con ella, según el artículo 30 del TRLGSS, el empresario ha de solicitar en el modelo oficial (TA-2), y con anterioridad al inicio de la prestación de los servicios, el ***alta del trabajador***.

En el momento en que el trabajador cesa en la actividad, la empresa ha de solicitar la ***baja*** ante la DPTGSS, también en el modelo oficial (TA-2) y en el plazo de los 6 días siguientes al cese en la actividad, según dispone el artículo 32.3.2.º del Real Decreto 84/1996. Don Luis cesa en la actividad como consecuencia de despido calificado como improcedente por sentencia del Juzgado de lo Social, y es, a partir de este momento cuando ha de solicitarse la baja.

Comunicada la afiliación y el alta, se inicia la obligación de ***cotizar***, según los artículos 15 del TRLGSS y 6 y siguientes del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre de Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (en adelante, Real Decreto 2064/1995).

La obligación de cotizar recae tanto sobre el empresario como sobre el trabajador, cada uno por la parte que le corresponda, de acuerdo con el artículo 104 del TRLGSS, con independencia de que la obligación del ingreso de las cuotas ante la DPTGSS corresponda con carácter exclusivo al empresario.

La obligación de cotizar consiste en el ingreso, por parte del empresario, de unas cuotas en los modelos oficiales TC-1 y TC-2 ante la DPTGSS.

La cuota se determina mediante la aplicación de un tipo a una base de cotización (art. 6.2 del RD 2064/1995). La base se calcula de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109 y siguientes del TRLGSS, artículo 23 del Real Decreto 2064/1995, así como la LPGE para cada ejercicio (Ley 49/1998, de 30 de diciembre, para 1999) y la Orden de Cotización de cada año (Orden de 15 de enero de 1999).

La obligación de cotizar nace, según el artículo 12 del Real Decreto 2064/1995, en el momento en el que se inicia la actividad y se mantiene durante toda la vida laboral del trabajador, hasta su finalización, siendo necesario para ello la comunicación expresa ante la DPTGSS, continuando, en otro caso, la obligación de cotizar salvo que se pruebe que la extinción de la relación laboral se produjo con anterioridad.

Referencia especial al encuadramiento de don Luis García dentro del Sistema de la Seguridad Social, como consecuencia de la apertura del bar.

Por los datos del enunciado del supuesto sabemos que el trabajador, de forma simultánea a la actividad laboral que realiza en el Banco, el 16 de septiembre de 1993, inicia una actividad por cuenta propia mediante la apertura de un bar, que es de su propiedad. Como consecuencia de esta situación se plantea la posibilidad de incluirle, de forma simultánea a su inclusión dentro del RGSS, dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). Para ello es necesario que cumpla con todos los requisitos que exige el artículo 2 del Real Decreto 2530/1970, de 20 de agosto. A estos efectos se entenderá por trabajador autónomo a toda persona que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad a título lucrativo y sin sujeción a un contrato de trabajo. Se entiende que es ésta su situación, puesto que de los datos del supuesto no se sabe que se dé la situación contraria; a todo lo anterior se añade la presunción establecida en el apartado 3.º del artículo 2 del Real Decreto antes citado por el cual: «Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el interesado concurre la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo, a efectos de este Régimen Especial, si el mismo ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, usufructuario, arrendatario u otro concepto análogo». Situación que responde totalmente a aquella en la que se encuentra don Luis y de la que se deriva el nacimiento de una serie de nuevas obligaciones en materia de Seguridad Social.

La *afiliación*, como se dijo con anterioridad, es única y vitalicia, habiendo sido ya cumplido dicho requisito puesto que no era la primera vez que realizaba una actividad laboral. Con independencia de la afiliación, ha de comunicar su *alta* como trabajador *autónomo* ante la DPTGSS, en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 y la disposición transitoria 2.ª del Real Decreto 84/1996. Dicha comunicación ha de realizarse con anterioridad al inicio de la prestación de sus servicios. (Transitoriamente continúa manteniéndose el plazo de los 30 días siguientes al inicio de la actividad).

En el momento de solicitar el alta, habrá de acompañar la totalidad de los documentos que a estos efectos exige el artículo 47 del Real Decreto antes citado, habiendo de efectuar también la opción por la cobertura de la incapacidad temporal, añadiendo en este aspecto que, en el caso de hacerlo, la cobertura se hará de forma obligatoria con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (en adelante, Mutua de AT/EP) (disp. adic. 14.ª de la Ley 66/l997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

El alta tendrá efectos desde el primer día del mes en que reúna todos los requisitos que den lugar a su inclusión dentro de dicho Régimen, naciendo también, en dicho momento, la obligación de cotizar (art. 43 RD 2064/1995). La base de cotización, en este caso, será la elegida por don Luis García, entre las dos aprobadas anualmente en la LPGE. Para 1999, la base máxima será de 399.780, y la mínima de 113.340 (art. 91.cuatro de la LPGE). El tipo, por su parte, será del 26,5 por 100 o del 28,3 por 100 según se acoja o no a la protección de incapacidad temporal. Mencionar el hecho de que la propia Ley limita la elección de la base máxima cuando el trabajador cuente con más de 50 años de edad; situación que no es la que afecta al sujeto que nos ocupa por no haber alcanzado dicha edad en el momento en que inicia su actividad como trabajador autónomo.

Con independencia de todo lo expuesto, y como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades como empresario, deberá solicitar la *inscripción de su empresa,* en el mode-

lo oficial TA-6, y ante la DPTGSS (art. 99 del TRLGSS, y art. 5 del RD 84/1996), puesto que va a tener a su servicio trabajadores que, como se verá más adelante, van a quedar incluidos dentro del Régimen General (art. 10 del RD 84/1996). En dicho momento don Luis deberá hacer constar la Entidad Gestora -INSS- o colaboradora -Mutua de AT/EP- por la que opta tanto para la protección de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional como para la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores a su servicio (art. 5.2 del RD 84/1996).

2. Derechos y prestaciones.

Como ya dijimos durante la exposición de las obligaciones que afectan a su situación en materia de Seguridad Social, Luis García Fernández trabajaba en un Banco como Director de una agencia urbana, situación en la que cesa como consecuencia de despido improcedente con fecha de 14 de febrero de 1998, optando la empresa por la no readmisión del trabajador, y dando lugar, por lo tanto, al pago de una indemnización que, según el artículo 56.1 a) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante TRET) da derecho a una indemnización que será de 45 días por año de servicio con el tope de 42 mensualidades, así como también, al pago de los salarios de tramitación. Consecuencia de esta situación, y aun cuando **la conclusión propuesta va a ser la denegación de la prestación**, por los argumentos que más adelante se expondrán, cabría plantearse la posibilidad de que se solicitase *la prestación por desempleo*, puesto que de los datos recogidos en el enunciado del supuesto, don Luis cumple con todos los requisitos que exige el artículo 207 del TRLGSS para poder acceder a la prestación por desempleo y que son:

1. Que el trabajador, en el momento de solicitar la prestación se encontrase afiliado, en alta o situación asimilada a la del alta en la fecha en que se produce la situación legal de desempleo (en adelante, SLD).

2. Haber cotizado, como mínimo, 360 días en los 6 años anteriores a la SLD o al momento en que cesó la obligación de cotizar. Luis García inicia su actividad laboral el 15 de junio de 1966, cumpliendo con el requisito exigido, pudiendo acceder incluso a la prestación por la duración máxima de la misma (720 días de prestación por un período de cotización superior a 6 años, según dispone el art. 210 del TRLGSS).

3. No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, que son los 65 años [art. 161.1 a) del TRLGSS]. Nace el 6 de julio de 1948, por lo que el 14 de febrero de 1998 tiene 49 años.

4. Finalmente, encontrarse en SLD, en virtud de lo dispuesto en el artículo 208 del TRLGSS, situación en la que efectivamente se encuentra el trabajador, al haber sido declarado su despido como improcedente [art. 208.1 c) del TRLGSS].

No obstante lo expuesto, hay que concluir, sin embargo, que **no tiene derecho a la prestación por desempleo**, por cuanto que ésta es incompatible con la realización de una actividad laboral, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, a tenor del artículo 221 del TRLGSS; habiendo iniciado una actividad por cuenta propia el 16 de septiembre de 1993, fecha en la que abre su bar.

II. DOÑA MARÍA RUIZ MARCOS

1. Obligaciones en materia de Seguridad Social.

Doña María Ruiz, que es esposa de don Luis García y nace el 17 de enero de 1951, inicia su vida laboral el 15 de septiembre de 1970, como operaria de una empresa de electrodomésticos, permaneciendo en ella hasta el 16 de septiembre de 1993, fecha en que cesa en dicha empresa para pasar a prestar servicios en la empresa de su marido.

Durante el período en que permanece en la empresa de electrodomésticos, nos encontramos ante una trabajadora por cuenta ajena que queda incluida dentro del RGSS. De dicha situación se derivan las mismas obligaciones que se analizaron respecto a la relación que mantuvo don Luis García con el Banco para el cual prestó servicios, en materia de afiliación, altas, bajas y cotización, no siendo necesario, por lo tanto, incidir de nuevo en este aspecto y remitiéndonos a lo ya expuesto.

Especial referencia a la inclusión de María Ruiz dentro del RETA.

Es necesario, sin embargo, hacer un estudio sobre el encuadramiento de la trabajadora dentro del sistema de la Seguridad Social, en el momento en que cesa en la actividad que realizaba para la empresa de electrodomésticos y comienza su actividad en el bar que abre su marido. Cabría plantearse si la trabajadora queda incluida dentro del RGSS o bien dentro del RETA. A este respecto hay que estar a lo que dispone el apartado 2.º del artículo 7 del TRLGSS: «A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario, el cónyuge, los descendientes… ocupados en el puesto de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo». De los datos del supuesto no se sabe que existiera un contrato de trabajo entre ambos cónyuges, aceptando por lo tanto la presunción en contra y el contenido de dicho artículo 7.2.

Por otro lado, el artículo 3.º del Real Decreto 2530/1970, regulador del Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia, incluye dentro de su ámbito de aplicación de forma obligatoria «…al cónyuge y los parientes…, que de forma habitual, personal y directa colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la condición de asalariados respecto a aquéllos». En base a esta argumentación, y sabiendo que doña María se encuentra de forma habitual realizando esta actividad, hay que concluir que procede su inclusión dentro del RETA, naciendo de nuevo una serie de obligaciones en materia de Seguridad Social. Se sabe, puesto que ya se ha dicho con anterioridad respecto a Luis García, que no es necesaria la afiliación de la trabajadora, puesto que ésta prestó servicios con anterioridad en la empresa de electrodomésticos, habiendo correspondido, por lo tanto, a aquélla la obligación de afiliar. Con independencia de la afiliación, María se encuentra obligada a solicitar el alta ante la DPTGSS, junto con la documentación exigida (art. 47 del RD 84/1996). Dicha comunicación habrá de realizarse con anterioridad al inicio de la prestación de los servicios (contando, no obstante, con un plazo de 30 días, reconocido transitoriamente en virtud de la disp. trans. 2.ª del RD antes citado). En el momento de solicitar el alta en

dicho Régimen Especial, habrá de optar por la cobertura o no de la protección de la incapacidad temporal, sabiendo que, en caso de hacerlo, deberá ser de forma obligatoria con una Mutua de AT/EP.

Junto con la obligación de solicitar el alta, nace también la obligación de cotizar, artículo 43 del Real Decreto 2064/1995. En este aspecto hay que añadir, sin embargo, una novedad frente a la situación de don Luis; puesto que, en el caso de que María Ruiz no cumpliese con su obligación de cotizar, serán responsables subsidiarios del pago, las personas a que se refiere el apartado a) del artículo 3 del Real Decreto 2530/1970, con respecto a los familiares incluidos en el párrafo b) del mismo artículo. Es decir, que dicha obligación subsidiaria correspondería a Luis García.

La cotización consiste en el ingreso ante la DPTGSS de unas cuotas, que son el resultado de la aplicación de un tipo, aprobado anualmente en la LPGE, a una base de cotización, elegida por la trabajadora entre una máxima y una mínima, asimismo, aprobadas anualmente en la LPGE, y en la forma que hemos analizado con anterioridad para su marido. Salvo que se escogiera la base máxima o la mínima, la base elegida habrá de ser redondeada a múltiplo de 3.000.

III. DON GUILLERMO GARCÍA

1. Obligaciones y encuadramiento en materia de Seguridad Social.

Del matrimonio entre Luis y María, que se celebra el 27 de agosto de 1974, nace Guillermo el 26 de mayo de 1975.

Especial referencia a su encuadramiento dentro del sistema de la Seguridad Social.

Inicia su actividad laboral en el bar, propiedad de su padre, el 16 de septiembre de 1993, momento en el cual vive junto a sus padres. De nuevo y ante dicha situación se plantea cuál sería su correcto encuadramiento dentro del sistema de la Seguridad Social. No tenemos conocimiento de que tenga la condición de asalariado, puesto que no media un contrato de trabajo. Negando por lo tanto la existencia de ajenidad, hay que verificar si de la situación en la que se encuentra, cabe la inclusión del mismo dentro del RETA. Ya se dijo, en atención al apartado 1.º del artículo 2 del Real Decreto 2530/1970, que se entiende por trabajador autónomo a toda persona que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad a título lucrativo y sin sujeción a un contrato de trabajo. Pero, y aun cuando ésta parece ser la situación en la que se encuentra don Guillermo, el artículo 3 continúa diciendo que: «Están obligatoriamente incluidos dentro del RETA, los mayores de 18 años, cualquiera que sea su sexo y estado civil que residan y ejerzan normalmente su actividad en el territorio nacional y se hallen incluidos en alguno de los apartados siguientes:

a) …

b) El cónyuge y los parientes por consanguinidad y ajenidad hasta el segundo grado inclusive de los trabajadores determinados en el apartado anterior que, de forma habitual, personal y directa, colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, *siempre que no tengan la condición de asalariados respecto a aquéllos*».

Por los datos del supuesto se sabe que el trabajador no se encuentra sujeto a un contrato de trabajo; por otro lado, cumple también con el requisito de la edad, puesto que al nacer el 26 de mayo de 1975, el 16 de septiembre de 1993 cuenta con la edad de 18 años. Se considera, por lo tanto, que el trabajador ha de estar incluido en el RETA.

Posteriormente, el 7 de mayo de 1998, contrae matrimonio, dejando a partir de dicho momento de vivir en el hogar familiar, pero continuando con la realización de su actividad, como encargado en el bar-restaurante. De dicha situación **no se deriva alteración en su encuadramiento dentro del sistema de la Seguridad Social**, por cuanto que continúa dentro del supuesto legal recogido en los artículos 2 y 3 del Real Decreto 2530/1970. Por otro lado, su cambio de estado civil no afecta a su posición en la empresa, en la que continúa trabajando, pero sin estar sujeto a contrato de trabajo y sin darse en él la condición de «ajenidad», necesaria para hablar de trabajador por cuenta ajena.

Por lo que se refiere a las ***obligaciones en materia de Seguridad Social***, hay que remitirse, de nuevo, a lo ya expuesto respecto a don Luis y doña María en lo relativo a su condición de trabajadores autónomos, puesto que, en otro caso, constituiría una innecesaria reiteración. No obstante, hay que añadir que para don Guillermo su actividad en el bar constituye su primer trabajo, lo que determina que es necesaria su ***afiliación*** con anterioridad al inicio de la prestación de los servicios, según dispone el artículo 47 del Real Decreto 84/1996, sin olvidar el régimen transitorio recogido en la disposición transitoria 2.ª del citado texto legal, siendo el propio trabajador el responsable del cumplimiento de dicha obligación ante la DPTGSS.

IV. DOÑA MARGARITA LAGUNA LÓPEZ

Doña Margarita Laguna es una de las empleadas en el bar-restaurante que abre don Luis García. Nace el 16 de agosto de 1973, y comienza su vida laboral como camarera en dicho establecimiento el día 1 de abril de 1998.

1. Obligaciones en materia de Seguridad Social.

La actividad laboral que realiza como camarera constituye su primer trabajo. Su contrato laboral es de 40 horas a la semana realizadas de lunes a sábado, siendo retribuida por ello con 85.000 pesetas al mes y dos pagas extraordinarias de la misma cuantía.

Celebrado dicho contrato laboral, nacen para don Luis García una serie de obligaciones en materia de Seguridad Social; en particular, en materia de ***afiliación, alta y cotización***. El cumplimiento de dichas obligaciones habrá de realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el TRLGSS y los Reales Decretos 84/1996 y 2064/1995, y en la forma establecida para las personas estudiadas con anterioridad.

Pero, unido a lo anterior, se sabe por los datos del supuesto que el empresario exige a la trabajadora la realización de parte de la actividad laboral, los domingos, en horario de 8 a 15 horas (es decir, 7 horas más a la semana); añadiéndose a ello el hecho de que ni la retribuye, ni respeta su día de descanso, ni efectúa una contraprestación con otro tipo de jornada festiva.

Un estudio de esta situación ha de partir de una serie de **consideraciones previas**:

1.º Que en virtud del artículo 34 y siguientes del TRET, la jornada laboral será la pactada, teniendo en cuenta que la duración máxima de la jornada ordinaria será de 40 horas semanales de trabajo efectivo, de promedio en cómputo anual. En este caso, el contrato determina una jornada de 40 horas semanales.

2.º Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de un día y medio ininterrumpido.

3.º Que, según el artículo 35 del TRET, tendrán el carácter de horas extraordinarias, aquellas que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria.

Estas horas habrán de ser retribuidas o compensadas con descanso por pacto individual o colectivo. La cuantía de cada hora extraordinaria en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria. En ausencia de pacto, se entenderá que éstas han de ser compensadas con descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

De estas afirmaciones podemos deducir:

1.º Que las horas realizadas los domingos por la trabajadora constituyen horas extraordinarias por superar la jornada máxima legalmente establecida. En este sentido, la Sentencia de 5 de junio de 1989 (Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) señala que: «Como norma general, el trabajo realizado en tiempo destinado al descanso, ha de ser calificado como extraordinario y abonado como tal, por aplicación del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores que atribuye la cualidad de horas extraordinarias a las que exceden de la jornada normal de trabajo».

2.º Que don Luis García ha cometido, por lo tanto, una serie de infracciones en materia laboral, tipificadas en el artículo 95 del TRET. Dichas infracciones han sido:

a) La falta de respeto del día de descanso semanal.

b) La falta de cumplimiento de la normativa en materia de horas extraordinarias. Según el artículo 35 del TRET, éstas no pueden ser más de 80 horas al año. Realizando sin embargo la trabajadora, como práctica habitual, más de 28 horas extraordinarias al mes, sin que sean retribuidas ni tampoco compensadas con descanso (pudiendo superar en este último caso dicho límite máximo) (hay que advertir, no obstante, que el hecho de que Margarita sufriese el accidente, impide la superación de dicho límite máximo, habiendo realizado hasta esa fecha 63 horas en domingo; entendiendo sin embargo que, de no haber sucedido el mismo y al tratarse de una práctica habitual, dicho límite habría sido superado).

Todas estas actuaciones, como ya se dijo, constituyen infracciones laborales que se encuentran tipificadas en el artículo 95 del TRET, y que, en el caso de que fueran conocidas por la Inspección de Trabajo, circunstancia que desconocemos a tenor del enunciado del supuesto, y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, daría lugar al levantamiento de un acta de infracción y a la imposición de una sanción tipificada en el artículo 37.2.º de la LISOS, que, por infracciones graves, y según el grado en que sean calificadas (mínimo, medio y máximo) podrá constituir una multa de:

- 50.000 a 100.000 pesetas.
- 100.001 a 250.000 pesetas.
- 250.001 a 500.000 pesetas.

Si, como ya se ha dicho, dicha situación hubiera sido conocida por la Inspección de Trabajo, ésta, junto con el acta de infracción debería haber extendido un acta de liquidación, puesto que la cotización por contingencias profesionales, incluye en su base las horas extraordinarias realizadas por el trabajador y que, como sabemos, en este caso no se retribuían y, por lo tanto no quedaban incluidas en dicha base; añadiendo a ello la cotización adicional por horas extraordinarias que, obviamente, tampoco se realizaba.

El artículo 31 del TRLGSS dispone que: «1. Procederá la expedición de actas de liquidación en las deudas por cuotas originadas por:

a) …

b) …

c) Diferencias de cotización por trabajadores dados de alta, cuando dichas diferencias no resulten directamente de los documentos de cotización presentados en el plazo reglamentario y, en todo caso, de los presentados fuera de dicho plazo…».

Se entiende que éste sería el supuesto en el que se encuentra la trabajadora, puesto que se presume que el empresario, dejando a un lado esta situación respecto a las horas extraordinarias, cumplió con las obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización, así como la entrega de los documentos de cotización en tiempo y forma.

Los importes de las sanciones derivadas de las actas de infracción y de liquidación deberán ingresarse hasta el último día del mes siguiente a la notificación de la resolución con los recargos oportunos iniciándose, en otro caso, la vía de apremio, tal y como dispone el artículo 31.4 del TRLGSS.

Todo lo expuesto, con independencia del accidente que sufre doña Margarita, y que procedemos a estudiar con especial atención.

2. Derechos, prestaciones y responsabilidades en materia de Seguridad Social.

El día 14 de junio de 1998, domingo, al ir a trabajar al bar, la trabajadora sufre un accidente debido a un descolgamiento del ascensor de su domicilio particular. A consecuencia de dicho accidente, se le producen lesiones que le impiden la realización de su trabajo.

Se trata, precisamente, de uno de aquellos domingos en que ella era obligada a **ir a trabajar**, cuando se produce el accidente; de lo que se deduce que la calificación del mismo y, en virtud del artículo 115 del TRLGSS, será de accidente de trabajo *in itínere*.

El artículo 115 del TRLGSS señala: «1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que sufra el trabajador con ocasión y por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:

a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo».

Ésta es, precisamente, la situación en que se encuentra encuadrado el accidente que sufre la trabajadora. A efecto de su calificación, desde un punto de vista teórico, es irrelevante que el mismo se produzca en domingo, puesto que el hecho era que se dirigía al trabajo; todo ello sin perjuicio de que sería necesaria la prueba de este hecho ante el Juzgado de lo Social competente por el sujeto interesado, y de que la falta de regulación específica haya hecho que sea la Jurisprudencia la que ha desarrollado la doctrina en materia de **accidente de trabajo *in itínere***.

Como consecuencia del accidente, doña Margarita sufre una serie de lesiones que le impiden la realización de su trabajo, pudiendo solicitar ante la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS), pensión por incapacidad permanente total, pasando previamente por una situación de incapacidad temporal.

Especial referencia a la prestación de incapacidad temporal y a la pensión de incapacidad permanente total.

(Se parte, para un estudio de la misma, de la presunción de que se ha probado ante el órgano jurisdiccional competente la existencia de accidente *in itínere,* y que la trabajadora realizaba horas extraordinarias que no eran retribuidas ni compensadas con descanso. Naciendo, de dicha situación, responsabilidades directas para el empresario).

Al producirse el accidente, se causaría, de forma inmediata, baja en el trabajo, recibiendo asistencia sanitaria y, solicitando prestación de **incapacidad temporal**, para lo cual es necesario el cumplimiento de una serie de requisitos que se recogen en los artículos 124,128 y 130 del TRLGSS, y que son:

1.º Estar afiliado, en alta o situación asimilada al alta en el momento en que se produce el accidente. Doña Margarita cumple con dicho requisito.

2.º Al derivarse la contingencia de una situación de accidente laboral, no se exige período mínimo de cotización.

Cumplidos los requisitos nace el derecho a la prestación que consiste en una cuantía que resulta de la aplicación de un porcentaje a una base reguladora (arts. 2.1 y 5 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre; art. 9.4 de la Orden de 13 de octubre de 1967; y art. 13 y disp. trans. 1.ª del Decreto 1646/1972, de 23 de junio).

Base reguladora: En los casos de contingencias profesionales será la base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior a la baja médica, que se produce el día siguiente al del accidente, menos las horas extraordinarias de dicho mes, dividido por el número de días cotizados en dicho período, sumando a lo anterior las horas extraordinarias del año anterior dividido entre el número de días cotizados en dicho año.

Porcentaje: 75 por 100.

Prestación:

- Cálculo de la base de cotización por contingencias profesionales:

Base de cotización de contingencias profesionales de mayo de 1998. Para su cálculo hay que estar a lo que disponen el artículo 91 de la LPGE 49/1998, de 30 de diciembre, y la Orden de Cotización de 15 de enero de 1999.

(No se incluyen en este momento las horas extraordinarias, por no conocer los datos económicos que corresponderían a las mismas, sin perjuicio de referirnos con posterioridad a la responsabilidad en que incurre don Luis García).

Salario base: 85.000 pesetas.

Parte proporcional de pagas extraordinarias: 85.000 x 2 = 170.000/12 = 14.167.

Total: 99.167.

Dicha cuantía ha de encontrarse «entre un tope máximo y uno mínimo que en 1999 es de: 399.780 y el salario mínimo interprofesional vigente en cada momento incrementado en un sexto, respectivamente.

Entendiendo que dicha cuantía se encuentra entre ambos topes, resta normalizarlo a múltiplo de 3.000, lo que daría una base de cotización de 99.000.

Prestación: 99.000 (75%) = 74.250 pesetas/30 da lugar a 2.475 pesetas al día, que habría de cobrar doña Margarita desde el día siguiente a aquel en que se produce el accidente, puesto que se considera que ese día es día trabajado.

- Responsabilidad de don Luis García en orden a la prestación.

La falta parcial de cumplimiento en materia de cotización, hace que de la misma se derive responsabilidad directa del empresario en orden al pago de la prestación, artículo 126.2 del TRLGSS; el empresario, al tratarse de una diferencia de cotización, y no de una falta total de la misma, únicamente será responsable de la diferencia entre la prestación causada y aquella que debería haber correspondido. Es decir, que se trata de una responsabilidad moderada en base al principio de proporcionalidad. Al tratarse de un accidente de trabajo, sabemos que el INSS se haría cargo del pago de la prestación total a que la interesada tendría derecho (arts. 126 del TRLGSS y 94 y ss. del Decreto de 21 de abril de 1966), que sería superior, al computarse en la base de cotización, como ya hemos mencionado, las horas extraordinarias. A pesar de dicho anticipo por parte de la Entidad Gestora, ésta podrá subrogarse en los derechos de la trabajadora, reclamando al empresario la diferencia entre la prestación calculada conforme a los datos obrantes en el INSS y aquella que le hubiera correspondido en el caso de que el empresario no hubiera incumplido parcialmente su obligación de cotizar.

La duración de la prestación será de 12 mensualidades, prorrogables 6 meses, hasta un máximo de 18. (art. 128 del TRLGSS). No obstante, conocido que las lesiones tienen un carácter permanente, el facultativo podrá firmar el alta médica con propuesta de declaración de incapacidad permanente, iniciándose un proceso o, pudiendo iniciarse un proceso para la declaración de la incapacidad permanente; proceso que podrá iniciarse bien de oficio, o bien a instancia de la persona interesada (doña Margarita) (art. 3 y ss. de la Orden de 18 de enero de 1996, que desarrolla el RD 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social).

Producidas las lesiones, la trabajadora podría solicitar la **pensión de incapacidad permanente total** ante la Dirección Provincial del INSS. La incapacidad permanente total responde a la

situación en que se encuentra una persona cuando, al sufrir unas lesiones, está incapacitada para continuar realizando la actividad que constituía su profesión habitual (art. 15 de la Orden de 15 de abril de 1969 y artículo 137 del TRLGSS).

Para poder acceder a la misma, es necesario el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 138 del TRLGSS:

1.º Estar afiliado, en alta o alta asimilada en el momento en que se produce el hecho causante. El hecho causante, según el artículo 13 de la Orden de 18 de enero de 1996, dictada en aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, se produce el día que se extingue la incapacidad temporal. En los supuestos en que no hubiera estado precedida de una incapacidad temporal o cuando ésta no se hubiera extinguido, el hecho causante se producirá el día en que se emita el dictamen-propuesta del Equipo de Valoración e Incapacidades. Partiendo de la presunción de que doña Margarita ha estado en una situación de incapacidad temporal, entendemos como día de hecho causante el de la extinción de la misma.

2.º Como ya hemos dicho con anterioridad, el accidente que sufre la trabajadora tiene la consideración de accidente de trabajo, no exigiéndose, por lo tanto, período mínimo de cotización.

Cumplidos los requisitos necesarios para poder acceder a la pensión, la misma será el resultado de aplicar un porcentaje a una base reguladora.

Base reguladora: al derivar la incapacidad de un accidente de trabajo, la base reguladora se calculará de acuerdo con el artículo 60.2 del Reglamento de Accidentes de Trabajo (Decreto de 22 de junio de 1956). Para lo cual se tendrá en cuenta:

- El salario del día multiplicado por 365 días. Es decir, 85.000/30 = 2.833 pesetas, que, multiplicado por 365 supone 1.034.045 pesetas.
- Gratificaciones o pagas extraordinarias computables. Es decir, 85.000 x 2 = 170.000.
- Paga de beneficios. En este caso la trabajadora no cobraba paga de beneficios.
- Complementos salariales no incluidos en los apartados anteriores, habiendo de ser divididos entre los días trabajados efectivamente durante el año anterior y multiplicados por 273, a tenor de la disposición adicional undécima del Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para 1998. En este apartado habrían de incluirse las horas extraordinarias, que no procedemos a incluir en este momento sin perjuicio de que posteriormente se analice la responsabilidad empresarial en atención, precisamente, a la falta de inclusión de dicho concepto en un primer momento.

Base reguladora: 1.034.045 + 170.000 = 1.204.045/12 = 100.337.

Porcentaje: 55 por 100 (art. 12 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre).

Pensión: 100.337 (55%) = 55.185 ptas./mes, sin pagas extraordinarias, al derivar la misma de un accidente de trabajo.

Si el trabajador incapacitado optase por sustituir la pensión por una indemnización a tanto alzado, le correspondería según el artículo 12 del Real Decreto 3158/1966, la cantidad que resulte de multiplicar 84 mensualidades por 55.185 pesetas; en total 4.635.540 pesetas, únicamente en los casos en que fuese a constituirse en trabajador por cuenta propia y hasta que cumpliese los 60 años, momento en el cual continuaría cobrando la pensión con carácter mensual, incluidas las revalorizaciones que pudieran habérsele reconocido.

La efectividad de la pensión se producirá a partir de la fecha de la resolución del INSS en que se reconoce la incapacidad, puesto que, en el caso de que derivase de una incapacidad temporal, los efectos económicos de la misma subsisten hasta la fecha de dicha resolución, artículo 131 bis.3 del TRLGSS.

Especial referencia a la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones.

No obstante todo lo anterior y como ya hemos indicado en reiteradas ocasiones, doña Margarita era obligada por el empresario a la realización de unas horas extraordinarias de trabajo los domingos. De esta situación se derivan una serie de consecuencias respecto a la pensión de incapacidad permanente total, tratada con anterioridad y de la que se deduce una responsabilidad directa de don Luis García.

La determinación de la cuota a ingresar a la Seguridad Social, se efectúa mediante la aplicación de un tipo a una base de cotización (arts. 12, 107 y ss. del TRLGSS). La base se determina mediante la suma de los conceptos computables con las excepciones que establece el artículo 109 del TRLGSS, dentro del cual su apartado 2 g) se refiere a las horas extraordinarias, **salvo la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales**. Es decir, que el empresario cotizó por una cuantía inferior a la debida en concepto de contingencias profesionales.

El artículo 126.2 del TRLGSS dispone que: «El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación…». La regulación específica de esta situación, y ante la falta de desarrollo reglamentario, se encuentra recogida en el artículo 94 y siguientes del Decreto de 21 de abril de 1966; así se entiende responsable al empresario en el caso de que, aun cumpliendo con la obligación de cotizar, ésta haya sido por una cuantía inferior a la debida. En este caso el empresario será responsable por la diferencia entre la cuantía de la pensión que se obtenga en orden a las cotizaciones efectuadas y la pensión que efectivamente correspondería a la trabajadora.

La Entidad Gestora (INSS), y en virtud del principio de automaticidad, habrá de hacer efectivo el pago de la pensión, sin perjuicio de la posibilidad de subrogarse en los derechos de la trabajadora para exigir al empresario la parte de la que es responsable.

V. DOÑA JULIA ORTEGA RAMÍREZ

Doña Julia trabaja en el bar-restaurante de don Luis, con el mismo tipo de contrato que Margarita Laguna. Está casada y tiene dos hijos, Carlos y Elena, de 3 y 6 años, respectivamente.

Trabajó con anterioridad en una empresa de lencería, del 15 de noviembre de 1984 al 14 de noviembre de 1994. Del 15 de noviembre de 1994 en adelante trabajó en la empresa de Luis García, sin que en ningún momento haya sido dada de alta.

1. Obligaciones y posibles responsabilidades en materia laboral y de Seguridad Social.

La actividad que la trabajadora realiza en el bar no era la primera, puesto que, como se sabe, inicia su vida laboral el 14 de noviembre de 1984 en una empresa de lencería; es esta empresa la que en su momento se encontró obligada a solicitar su afiliación, con anterioridad al inicio de la prestación de sus servicios (art. 12 del TRLGSS y art. 21 y ss. del RD 84/1996). La afiliación es obligatoria y única para toda la vida del trabajador y habrá de ser reconocida por la DPTGSS, artículo 21 del TRLGSS, mediante la asignación de un número que será único y vitalicio para el trabajador.

Esta empresa, además, hubo de cumplir con las obligaciones de solicitar el alta y cotizar, respectivamente.

(Un estudio en profundidad de estas obligaciones ya se efectuó en la relación laboral entre don Luis García y el Banco para el cual prestaba sus servicios, y al cual nos remitimos).

En esta empresa doña Julia cotizó durante 10 años. Con posterioridad, reinicia su actividad laboral en la empresa que nos ocupa, naciendo para don Luis una serie de obligaciones en materia de Seguridad Social, en particular en materia de alta, artículo 30 del TRLGSS, y de cotización, artículo 15 del TRLGSS, desarrollado por el Real Decreto 2064/1995 que, sin embargo, por los datos del supuesto, se sabe que éste **ha incumplido**.

Aun cuando en el supuesto no se dice que se llegue a producir esta situación, en el caso de que la misma hubiera sido conocida por la Inspección de Trabajo, habría dado lugar al levantamiento de un **acta de infracción y un acta de liquidación**, por la comisión de unas infracciones que se encuentran tipificadas en los artículos 13 a 15 de la LISOS.

La falta de comunicación del alta de la trabajadora ante la DPTGSS, así como el incumplimiento en materia de cotización, constituyen infracciones graves que se encuentran tipificadas en el artículo 14 (1.2) y (1.5), respectivamente, que daría lugar a una sanción que, por infracción grave se encuentra tipificada en el artículo 37 de la LISOS. Pudiendo dar lugar a una multa que iría, según se aplique en su grado mínimo, medio y máximo, de:

- 50.000 a 100.000 pesetas.
- 100.001 a 250.000 pesetas, y
- 250.001 a 500.000 pesetas.

Paralelamente al acta de infracción, la Inspección podría levantar un acta de liquidación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 y siguientes del TRLGSS, debido a la falta de alta de la trabajadora.

Los importes de las sanciones derivadas de las actas de infracción y liquidación deberán ingresarse hasta el último día del mes siguiente a la notificación de la resolución, con los recargos oportunos, iniciándose, en otro caso, la vía de apremio (art. 31.4 del TRLGSS).

Las actas de liquidación y de infracción que se refieran a los mismos hechos se practicarán simultáneamente por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social. Las sanciones por infracciones propuestas en dichas actas se reducirán automáticamente al 50 por 100 de su cuantía si el infractor diese su conformidad a la liquidación practicada ingresando su importe en el plazo señalado.

Todo ello sin perjuicio de que el artículo 21 del TRLGSS dispone que: «La obligación de pago de las cuotas de la Seguridad Social prescribirá a los cinco años a contar desde la fecha en que debieron ser ingresadas».

2. Derechos, prestaciones y responsabilidades en materia de Seguridad Social.

A causa de una enfermedad sobrevenida, y después de un período de dos meses de internamiento hospitalario, doña Julia Ortega fallece.

En un primer momento causa baja, pudiendo solicitar prestación de incapacidad temporal. Para ello es necesario que se cumplan los requisitos de los artículos 124 y 130 del TRLGSS:

1.º Estar afiliado, en alta o situación de alta asimilada, en el momento en que se produce la baja.

Al no contar con datos en sentido opuesto, se entiende que la trabajadora **no cumple con dicho requisito** y, por lo tanto, en un primer momento, no va a poder acceder a la prestación de incapacidad temporal.

No obstante lo anterior, el artículo 126.2 del TRLGSS dispone, como ya se ha analizado en el caso de doña Margarita, que: «La falta de afiliación, alta y cotización, determina la responsabilidad en orden al pago de las prestaciones».

Es por ello que, denegada por el INSS el pago de la prestación, la trabajadora o sus familiares habrían de acudir a la vía jurisdiccional para el reconocimiento de su situación laboral (Circular del INSS 66/1977, de 2 de junio, que dicta las normas provisionales en el trámite de expedición de prestaciones cuando existan defectos de alta o de cotización a la Seguridad Social). Reconocida por **sentencia judicial** y determinada, por lo tanto, la responsabilidad empresarial de esta situación, se deducirían las siguientes consecuencias:

A) Prestación de incapacidad temporal.

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 94 y siguientes del Decreto de 21 de abril de 1966; en los casos de incapacidad temporal que no derive de contingencias profesionales, **el pago de la misma deberá realizarse directamente por el empresario**.

Por los datos del supuesto se conoce que doña Julia tenía el mismo tipo de contrato que doña Margarita y por ello se entiende que sus remuneraciones (a excepción de las horas extraordinarias) eran idénticas.

Se sabe también que causa baja por un período de dos meses debido a una enfermedad sobrevenida pasando a recibir asistencia sanitaria, que sería a cargo del empresario debido a la responsabilidad a que nos hemos referido y, solicitando prestación de incapacidad temporal, para lo cual es necesario el cumplimiento de una serie de requisitos que se recogen en los artículos 124, 128 y 130 del TRLGSS, y que son:

1.º Estar afiliado, en alta o situación asimilada al alta en el momento en que se causa baja por enfermedad. Ya hemos indicado que partimos de la presunción de que ésta se reconoce por sentencia judicial.

2.º Al derivarse la contingencia de una situación de enfermedad común se exige un período mínimo de cotización de 180 días dentro de los cinco años anteriores a la baja médica. La trabajadora lleva prestando servicios 10 años, de lo que se deduce que exigidas a don Luis García las cuotas no prescritas o, en el caso de que éste hubiera cumplido con su obligación de cotizar, Julia cumpliría con dicho requisito.

Partiendo de que la sentencia judicial entiende responsable del pago de la prestación a don Luis, tal y como se expuso con anterioridad, nace el derecho a la prestación que consiste en una cuantía que resulta de la aplicación de un porcentaje a una base reguladora (arts. 2.1 y 5 del Decreto 3158/1966; art. 9.4 de la Orden de 13 de octubre de 1967; y art. 13 y disp. trans. 1.ª del Decreto 1646/1972).

Base reguladora: en los casos de contingencias comunes será la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior a la baja médica, dividido por el numero de días de dicho mes.

Porcentaje: 60 por 100, del 4.º día de la baja al 20.º y 75 por 100 del 21.º en adelante. En este caso particular todo ello a cargo del empresario, por su responsabilidad derivada de la falta de cumplimiento en materia de alta y cotización; sin que, además, rija el principio de automaticidad. En este sentido, la Sentencia de 9 de diciembre de 1996 (Sala de lo Social del Tribunal Supremo).

Prestación.

• Cálculo de la base de cotización por contingencias comunes.

Base de cotización de contingencias comunes, calculada conforme al artículo 91 de la LPGE 49/1998, de 30 de diciembre, y a la Orden de Cotización de 15 de enero de 1999.

Salario base: 85.000 pesetas.

Parte proporcional de pagas extraordinarias: 85.000 x 2 = 170.000/12 = 14.167.

Total: 99.167.

Dicha cuantía ha de encontrarse entre una base máxima y una mínima que dependerían de su categoría profesional. Entendiendo que la misma se encuentra entre ambas bases.

Resta, por lo tanto, normalizarlo a múltiplo de 3.000; lo que daría una base de cotización de 99.000.

Prestación.

99.000 (60%) = 59.400 ptas./30 da lugar a 1.980 ptas./día, que habría de cobrar del 4.º día que sigue a la baja médica hasta el 21.º.

99.000 (75%) = 74.250 ptas./30 da lugar a 2.475 ptas./día, que habría de cobrar del día 21.º en adelante.

Aun cuando en virtud de lo dispuesto en el artículo 128 del TRLGSS, la duración de la prestación de incapacidad temporal será de 12 mensualidades prorrogables hasta un máximo de 18, la trabajadora que nos ocupa únicamente habría podido acceder a la misma por dos meses, puesto que sabemos que, pasados éstos, fallece.

(Todo lo expuesto, sin perjuicio de que la muerte de la trabajadora podría haberse producido con anterioridad a la emisión de la sentencia judicial. En cualquier caso, su cónyuge podría solicitar del empresario el abono de las cantidades antes expuestas).

B) Prestaciones de muerte y supervivencia.

En esta situación su marido podría solicitar prestaciones de muerte y supervivencia.

Para que puedan nacer estas prestaciones, es necesario que el sujeto causante cumpla con los requisitos que enumera el artículo 172 del TRLGSS, y los artículos 8 y 9 del Real Decreto 1646/1997, de 31 de octubre, y 7 y siguientes de la Orden de 13 de febrero de 1967.

1.º Estar afiliado, en alta o situación asimilada al alta. O ser perceptor de una prestación de incapacidad temporal. Partimos del reconocimiento de cualquiera de estas situaciones por sentencia judicial.

2.º Al derivar el fallecimiento de una enfermedad común, se exige el haber cotizado 500 días dentro de los 5 años anteriores a la fecha del hecho causante, que se produce el día del fallecimiento.

Probada ya, por sentencia firme, la responsabilidad empresarial, por la falta de alta y de cotización, el esposo de la trabajadora podría acceder a la pensión de viudedad, así como sus hijos, Carlos y Elena, a la pensión de orfandad, que serían a cargo del empresario, por haber sido declarado responsable directo del pago de las prestaciones.

• Pensión de viudedad.

Será beneficiario de la pensión de viudedad aquél que hubiera sido cónyuge del causante. En este caso, el marido de doña Julia.

Prestación: será el resultado de aplicar un porcentaje a una base reguladora.

Base reguladora: al derivar la contingencia de una enfermedad común, sería el resultado de dividir por 28 el sumatorio de 24 bases de cotización, elegidas por el beneficiario dentro de los 7 años anteriores (arts. 8 y 9 de la Orden de 13 de febrero de 1967):

99.000 x 24 = 2.376.000/28 = 84.857 pesetas.

Porcentaje: 45 por 100.

Pensión: 84.857 (45%) = 38.186 ptas./mes. Al derivarse la misma de una enfermedad común tendrá, además, derecho a dos pagas extraordinarias de la misma cuantía.

La Ley 49/1998, de 30 de diciembre (LPGE para 1999, art. 45), y el Real Decreto 5/1999, de 8 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para 1999, determinan que la pensión mínima para menores de 60 años y con cargas familiares es de 636.720 pesetas al año. Aun cuando no contamos con la edad del cónyuge de doña Julia, ésta sería la cuantía mínima a que podría tener derecho, al tener hijos a cargo. Aunque la pensión que éste percibe es inferior,

no se le reconocerían complementos por mínimos, por cuanto que éstos, y según las normas antes citadas, son incompatibles con las rentas del trabajo o capital, cuando, en cómputo anual, sean superiores a 837.635 pesetas, excluida la pensión a complementar. El marido de Julia Ortega cuenta, según el enunciado del supuesto, con rentas de trabajo de 3 millones de pesetas brutas anuales.

Este hecho, sin embargo, no afecta al reconocimiento de la pensión por cuanto que el artículo 179.1 del TRLGSS dispone que: «La pensión de viudedad resulta compatible con las rentas del trabajo».

- Pensión de orfandad.

Los hijos de la trabajadora, Carlos y Elena, podrán acceder a las pensiones de orfandad. Para ello es necesario que tengan menos de 18 años o sean mayores de dicha edad en las circunstancias que determina el artículo 175 del TRLGSS. Las edades de ambos son de 3 y 6 años, respectivamente, cumpliendo por lo tanto dicho requisito.

La pensión de orfandad será el resultado de aplicar un porcentaje a una base reguladora (arts. 16 y 17 de la Orden de 13 de febrero de 1967).

La base será la misma que sirvió para calcular la pensión de viudedad y, por lo tanto, a ella nos remitimos: 84. 857.

El porcentaje será el 20 por 100, sin que la suma de las pensiones de orfandad y la de viudedad puedan superar el 100 por 100 de la base reguladora.

Pensión: cada uno de los hijos tendrá derecho a una pensión de 84.857 (20%) = 16.971 pesetas al mes, más dos pagas extraordinarias de la misma cuantía.

Tendrán derecho al cobro de la pensión hasta el cumplimiento de los 18 años; o hasta los 21 a partir del 1 de enero de 1999 (o 23 si también hubiera fallecido su padre), si al alcanzar dicha edad no realizasen un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia que les proporcione unos ingresos superiores al 75 por 100 del SMI, en cómputo anual (art. 175.2 del TRLGSS).

El empresario, al haber sido declarado responsable en orden al pago de las prestaciones por falta de cumplimiento de la normativa en materia de Seguridad Social, habrá de constituir en la TGSS el «capital-coste» de las pensiones causadas, abonándose a los beneficiarios a través del INSS.

VI. DON FERNANDO MONTES SÁNCHEZ

El 15 de marzo de 1997, se inicia en el bar-restaurante de don Luis García, un servicio a domicilio de comidas. Este servicio lo lleva a cabo don Fernando Montes.

El empresario le obliga a darse de alta en el IAE, de lo que se deduce que pretende la inclusión de dicho trabajador dentro del RETA.

El servicio se caracteriza porque se realiza su actividad con un vehículo propiedad de don Luis; que debe realizarse bajo las directrices de éste y con un horario específico, tal y como se deduce del enunciado del supuesto práctico.

1. Obligaciones y encuadramiento dentro del sistema de la Seguridad Social.

Del enunciado del supuesto hemos de afirmar que don Fernando se encuentra mal encuadrado dentro del sistema de la Seguridad Social, y ello por las siguientes razones:

a) Es un trabajador por cuenta ajena, ya que, en su relación laboral se dan los principios que, a estos efectos, recoge el artículo 1 del TRET: «La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».

Fernando Montes realiza su actividad con carácter voluntario y dentro del ámbito de la organización y dirección del empresario.

Es por ello que en la relación que se establece se dan los caracteres de:

- Dependencia: puesto que el trabajador realiza su actividad bajo las órdenes que le da LG y en el horario que éste le marca, no realizándola con plena autonomía y libertad.
- Ajenidad: por cuanto que lo obtenido por FM en su actividad se atribuye a otra persona a cambio de un precio.

b) El artículo 1.3 del TRET determina una serie de relaciones que quedan excluidas del ámbito laboral del mencionado texto legal. En el apartado g), párrafo 2.º se dice: «A tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras de servicio de transportes al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares y, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios para un mismo cargador o comercializador».

Hay que estimar la exclusión de don Fernando de dicho supuesto legal, puesto que el servicio de transporte se realiza por medio de un vehículo que no tiene el carácter de servicio público, ni él es el titular del mismo, sino el empresario.

Es por todo lo expuesto que se concluye el mal encuadramiento del trabajador dentro del RETA, por cuanto se trata de un trabajador por cuenta ajena que ha de quedar incluido dentro del Régimen

General de la Seguridad Social, naciendo de lo expuesto una serie de obligaciones para el empresario en materia de **afiliación, altas y cotización**. Obligaciones que sabemos que no ha cumplido.

El 12 de junio de 1998, a las 14,30 horas, y mientras realizaba un reparto, Fernando Montes sufre un accidente que, al ocurrir como consecuencia directa del trabajo que realiza, ha de calificarse como «accidente de trabajo» (art. 115.1 del TRLGSS). Como consecuencia de dicho accidente se encuentra incapacitado para ir al trabajo durante un período de 4 meses, produciéndose con posterioridad lesiones permanentes que, sin embargo, no le impiden la realización de las tareas fundamentales de la actividad que realiza normalmente.

Tal y como indica el enunciado, el trabajador no opta, en el momento de incluirse en el RETA, por cubrir la protección de la incapacidad temporal; pero ello resulta irrelevante a los efectos de la prestación, dado que el mal encuadramiento dentro del sistema de la Seguridad Social, y el incumplimiento como consecuencia de ello de las obligaciones en materia de Seguridad Social, hacen de nuevo al empresario responsable en orden a las prestaciones a que el trabajador pudiera tener derecho. En este sentido, la **Sentencia de 30 de marzo de 1985 (Tribunal Central de Trabajo)** recoge, en su considerando 2.º, esta misma afirmación, puesto que en ella se señala expresamente: «...al hacer responsable al recurrente de cuantas prestaciones se han originado, pues una afiliación y cotización fraudulenta a un Régimen de la Seguridad Social distinto al que corresponde por razón de la actividad empresarial, no puede surtir efecto legal alguno en orden a eximir al empresario de cuantas prestaciones se deriven en favor del trabajador con quien cometió la irregularidad…».

- Estudio de las prestaciones a que don Fernando Montes puede tener derecho.

A) Prestación de incapacidad temporal.

Como ya se dijo en ocasiones anteriores, y en virtud de los artículos 124 y 130 del TRLGSS, para poder acceder a dicha prestación es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.º Estar afiliado, en alta o alta asimilada, en el momento en que se produce el accidente. Sabemos que el accidente es de trabajo, por lo que, aun incumpliendo el empresario la obligación de solicitar el alta del trabajador, ésta lo es de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 125.3 del TRLGSS.

2.º Al derivar la contingencia de un accidente de trabajo no le exige período mínimo de cotización.

La prestación es el resultado de aplicar un porcentaje a una base reguladora (art. 13.2 del RD 1646/1972, y arts. 2, 8 y 10 de la Orden de 13 de octubre de 1967).

La base reguladora es la base de cotización de contingencias profesionales del mes anterior menos la cuantía recibida en concepto de horas extraordinarias de dicho mes, dividido por el núme-

ro de días a que dicha cotización se refiera, sumando a lo anterior la cuantía que resulta de dividir la suma de lo percibido por horas extraordinarias del año anterior entre los días cotizados del referido año.

El porcentaje a aplicar será el 75 por 100.

De nuevo, la falta de cumplimiento de la normativa en materia de Seguridad Social -art. 126.2 del TRLGSS- determina la responsabilidad empresarial en orden al pago de las prestaciones, sin perjuicio de que, al derivarse la incapacidad temporal de un accidente de trabajo, rija el principio de automaticidad, abonando el INSS la prestación, y subrogándose en los derechos del trabajador frente al empresario.

Aun cuando en virtud de lo dispuesto en el artículo 128 del TRLGSS, la duración de la prestación de incapacidad temporal será de 12 mensualidades prorrogables hasta un máximo de 18, sabemos, por los datos del supuesto, que don Fernando se encuentra en dicha situación únicamente durante 4 meses, produciéndose después el alta médica con la declaración de lesiones permanentes no invalidantes.

B) Lesiones permanentes no invalidantes.

La regulación de esta prestación se encuentra en los artículos 150 a 152 del TRLGSS; se trata de lesiones, mutilaciones y deformidades producidas por accidente de trabajo o enfermedad profesional que, sin llegar a constituir una incapacidad permanente, suponen una alteración de la capacidad física del trabajador. Se encuentran recogidas en la Orden Ministerial de 5 de abril de 1974, y pueden dar lugar a una indemnización a tanto alzado de las cantidades que en el mismo se determinan. Todo ello sin perjuicio de que el trabajador continúe prestando sus servicios en la empresa.

El pago de dicha cantidad será, según la Ley, a cargo de la Entidad que hubiera sido responsable del pago de la pensión por incapacidad permanente. Se sabe que el artículo 126.2 del TRLGSS, al que se ha hecho referencia ya en múltiples ocasiones, determina, en el supuesto en que se encuentra el trabajador, la responsabilidad del pago de las prestaciones a don Luis García. No obstante lo anterior, rige de nuevo el principio de automaticidad, sin perjuicio de que la Entidad Gestora se subrogue, con posterioridad, en los derechos que hubieran correspondido al trabajador para exigir al empresario el pago de la cuantía debida (art. 95.4 del Decreto de 21 de abril de 1966).

VII. DOÑA AURELIA LÓPEZ RODRÍGUEZ

Aurelia López convive con su hija doña Margarita, cuya situación en materia de Seguridad Social hemos estudiado ya con anterioridad. Nace el 19 de junio de 1933; es viuda y no percibe renta alguna. A pesar de ello acredita haber cotizado desde el 1 de enero de 1948 al 31 de julio de 1953, y del 1 de octubre de 1970 al 31 de julio de 1973.

No teniendo en el momento actual ninguna obligación en materia de Seguridad Social, queda únicamente verificar si tiene derecho a alguna prestación dentro de dicho sistema.

1. Estudio de los derechos y prestaciones a que pudiera tener derecho.

- Pensión de jubilación en la modalidad contributiva.

Hemos de verificar, si tiene derecho a la misma, tanto desde una situación de -alta- como desde una situación de -no alta-.

A) Situación de no alta.

Para poder acceder a la pensión de jubilación en la modalidad contributiva es necesario el cumplimiento de los requisitos que exigen los artículos 124 y 161 del TRLGSS:

1.º Estar afiliado, en alta o situación asimilada a la del alta en el momento en que se produce el hecho causante. También puede solicitarse la pensión de jubilación desde una situación de no alta, en cuyo caso el hecho causante se produce el día de la solicitud.

2.º Tener cumplidos 65 años de edad. Nace el 19 de junio de 1933, por lo que ya el 19 de junio de 1998 contaba con dicha edad.

3.º Tener cubierto un período mínimo de cotización de 15 años, de los cuales 2 deberán estar comprendidos dentro de los 15 años anteriores a la fecha en que se produce el hecho causante.

Se acreditan cotizaciones dentro del sistema de la Seguridad Social:

- Del 1 de octubre de 1970 al 31 de julio de 1973, es decir: 2 años y 10 meses, que suponen 1.030 días.
- Con anterioridad a la creación del sistema de la Seguridad Social, y en virtud de la disposición adicional 2.ª.1 del TRLGSS, cotizó del 1 de enero de 1948 al 31 de julio de 1953. Es decir, 5 años y 7 meses; lo que supone 2.035 días. Partimos en este supuesto de la presunción de que se simultaneó la cotización al SOVI y al mutualismo laboral.

En total 3.065 días, lo que supone más de 8 años, de lo que se deduce que no cumple con el requisito de la cotización para acceder a la pensión de jubilación desde una situación de no alta.

B) Pensión de jubilación desde una situación de alta, aplicando el principio de la imprescriptibilidad (art. 164 del TRLGSS).

Desde una situación de alta, hemos de partir como día del hecho causante de aquel en que dejó de cotizar, es decir, el 31 de julio de 1973. En dicha fecha doña Aurelia se encontraba afiliada y en alta, tal y como exige el artículo 124 del TRLGSS pero, de nuevo, no cumple con el período mínimo de cotización (ni la carencia genérica, es decir, 15 años de cotización; ni la carencia específica, que dos de dichos años se encuentren comprendidos dentro de los 15 años anteriores al momento de causar el derecho). Tampoco cumplía, en aquel momento, con el requisito de la edad exigido según el artículo 161 del TRLGSS y la disposición transitoria 1.ª 9 de la Orden de 18 de enero de 1967.

Es por todo lo expuesto, que entendemos que no tendría derecho a la pensión de jubilación en la modalidad contributiva.

- Pensión de jubilación en la modalidad no contributiva.

Para poder acceder a la misma es necesario que cumpla con los requisitos que exige el artículo 167 del TRLGSS:

1.º Tener 65 años cumplidos. En virtud de nuestra fecha de referencia, se cumple dicho requisito.

2.º Residir en el territorio español, o haberlo hecho en la fecha de la solicitud en las condiciones establecidas en el artículo mencionado y que no pasamos a analizar por partir del hecho de que efectivamente residía en el territorio español, puesto que, de los datos del supuesto no deducimos que se dé otra circunstancia.

3.º Carecer de rentas en cuantía superior a la establecida legalmente y que, según el artículo 39 de la LPGE (Ley 49/1998, de 30 de diciembre) y el artículo 16 del Real Decreto de revalorización (RD 5/1999, de 8 de enero), será de 531.370 pesetas íntegras anuales (en 1999). En el caso de convivencia con otras personas, como es el caso de doña Aurelia que convive con su hija, dicha cuantía no podrá ser superior al límite de acumulación de recursos que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 144.2 del TRLGSS, será de la cuantía en cómputo anual de la pensión, es decir, 531.370 más el resultado de multiplicar el 70 por 100 de dicha cifra por el número de convivientes menos 1. En este caso, dicho límite sería:

531.370 + 70% (531.370) x 1 = 903.329

En el caso de convivencia con ascendientes o descendientes en primer grado, dicho límite habrá de **multiplicarse por 2,5**. Lo que da un resultado de 2.258.323 pesetas.

De los datos del supuesto, doña Aurelia carece de rentas, y su hija cuenta con unos ingresos anuales de:

85.000 ptas./mes x 14 pagas = 1.190.000 pesetas al año

Cumpliendo todos los requisitos, la pensión de jubilación en la modalidad no contributiva será de 531.370 pesetas al año. Dicha cuantía, sumada a las rentas de doña Margarita no puede ser superior al límite de acumulación de recursos 1.190.000 + 531.370 = 1.721.370.

No superando dicha cuantía, se tendría derecho a la pensión de jubilación en la modalidad no contributiva, que en 1999 es de 531.370 pesetas al año.

Los efectos económicos de la misma se producirían a partir del primer día del mes siguiente a la solicitud.

- Pensión del SOVI.

Habría, no obstante, que verificar la posibilidad de que accediera a una pensión del SOVI, por haber cotizado a este Seguro entre los años 1948 y 1953.

Para poder acceder al mismo, y en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional 13.ª del TRLGSS y Decreto de 18 de abril de 1947, así como su normativa de desarrollo, es necesario:

1.º Tener 65 años cumplidos. (Tenía cumplido dicho requisito).

2.º Que el 1 de enero de 1967 tuviera cubierto el período de cotización exigido por el extinguido SOVI; 1.800 días entre el 1 de enero de 1940 y el 31 de diciembre de 1966. (En dicho período de tiempo, se había cotizado 5 años y 7 meses; en total 2.035 días).

3.º No tener derecho a otra pensión de la Seguridad Social.

Cumplidos todos los requisitos, la cuantía se fija anualmente por la LPGE, estableciéndose para 1999 en 570.500 pesetas al año (art. 46 de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre).

La efectividad de la misma será del día siguiente al cumplimiento de los 65 años, si la solicitud se efectúa dentro de los 30 días siguientes; o bien, a partir del primer día del mes siguiente a la solicitud en los demás casos.

La pensión del SOVI resulta incompatible con otra pensión de la Seguridad Social. Conocida esta circunstancia y sabiendo que cumple los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en la modalidad no contributiva, doña Aurelia López únicamente podría solicitar una de las dos.